Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 19.12.2003
19/02/2003 **EMENTÁRIO Nº 2 1 3 7 - 2** **TRIBUNAL PLENO**

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
IMPETRANTE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : FÁTIMA MARIA AMARAL TAVARES PAES E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE.

1 - Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF.

2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º).

3 - É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais.

4 - Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevalecentes.

5 - Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade do arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991.

Registro de Ac 33

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a segurança e declarar a inconstitucionalidade do artigo 1°, inciso XI, e do artigo 198, inciso III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União; e do artigo 25, parte final, do Decreto n° 1, de 11 de janeiro de 1991.

Brasília, 19 de fevereiro de 2003.

Celso de Mello - Presidente

Ellen Gracie - Relatora

19/02/2003 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE
IMPETRANTE: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS: FÁTIMA MARIA AMARAL TAVARES PAES E OUTRO
IMPETRADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro contra ato do Plenário do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 101/2002) que proclamou ser de competência exclusiva do Tribunal de Contas da União a fiscalização da aplicação dos recursos recebidos a título de *royalties* decorrentes da extração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, pelos Estados e Municípios, com a conseqüente exclusão da competência do órgão impetrante.

Diz, o impetrante, que a situação concreta e objetiva, indicativa da ocorrência de iminente lesão ao seu poder-dever fiscalizatório, está consubstanciada na proposta do impetrado, constante da parte final do texto do ato impugnado, nos seguintes termos:

> *"Por outro lado, assiste razão à SEGECEX ao entender necessária a realização de estudos aprofundados com vistas à atualização dos normativos atualmente em vigor na instituição, haja vista as diversas alterações havidas na legislação pertinente ao assunto e a inexistência de procedimento de auditoria específico sobre a matéria.*
>
> ***A promoção desses estudos não impede, contudo, que a SECEX/RJ implemente neste semestre as auditorias nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro que entender convenientes."***

A decisão ora impugnada, segundo entende o ora impetrante, produz efeitos concretos, em razão do entendimento do STF no julgamento da ADI 1934-DF, pelo qual a competência conferida a um determinado órgão controlador automaticamente exclui a competência dos demais e também porque o TCU liberou a

SECEX/RJ para a implementação, já no semestre, das auditorias que entender convenientes.

Acrescenta que o ato impugnado consubstancia uma situação concreta e objetiva indicativa da iminente ação fiscalizatória, excludente da competência atribuída ao Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, razão pela qual óbice algum existe à impetração.

Argumenta, ainda mais, que a Constituição de 1988 (artigos 18, 20, § 1°, 25, § 1°, 31, 71, IV e 75) modificou a disciplina dos *royalties* decorrentes da extração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural que foram alçadas à condição de receita constitucional própria dos Estados e Municípios decorrentes da compensação financeira a estes devidas pela União, em razão da exploração econômica dos recursos naturais existentes nos seus respectivos territórios. Nesse sentido são também as novas regras introduzidas pela Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, regulamentadas pelo Decreto n.° 2.705, de 3 de agosto de 1998 (artigos 11 e 20). Revogado estaria, assim, o art. 8° da Lei 7.525/86 que atribuía aquela competência ao Tribunal de Contas da União.

Invoca a favor de sua tese, também, os artigos 21, 31, § 1° e 75 da Carta Federal que assegura o controle externo dos atos da administração pública estadual e municipal aos Tribunais de Contas estaduais, ou, caso existentes, aos Tribunais e Conselhos de Contas municipais.

Afirma que é clara a lesão ao direito líquido e certo do impetrante de fiscalizar a aplicação da receita derivada das compensações financeiras devidas aos municípios pela exploração dos recursos minerais hauridos dos seus territórios, defendendo estar evidenciado o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* estaria caracterizado pelo fato do impetrante estar sofrendo grave lesão no exercício da sua competência bem como pela possibilidade de, no exercício da atividade controladora por ambas as Cortes de Controle, sobrevirem decisões conflitantes.

Requer seja, liminarmente, e, ao final, em caráter definitivo, suspenso o ato impugnado, abstendo-se o impetrado da prática de quaisquer medidas de caráter fiscalizatório em relação ao Estado do Rio de Janeiro e aos municípios nele situados até ulterior decisão com base na cognição exauriente.

As informações do Presidente do TCU podem ser assim sintetizadas:

a - o ato impugnado decorreu da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à matéria em questão;

b- não é cabível, no caso, a via mandamental (Súmula 266/STF);

c- a fiscalização de contas por um tribunal não implica prejuízos ao outro;

d- a competência do TCU para proceder à fiscalização encontra sua fundamentação legal exposta no próprio ato impugnado, especialmente no art. 8° da Lei 7.525/86 e 1°, XI, 5°, IV e 7° da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) e na sua própria jurisprudência.

Indeferi a medida liminar (fls. 196/199) em face da existência de dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (art. 1°, XI e 198, I e II), desde 15 de julho de 1993, que não foi objeto de qualquer impugnação, autorizador do ato da autoridade impetrada. Por outro lado, na hipótese de concessão da medida liminar, haveria o *periculum in mora* inverso.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, veio aos autos o parecer de fls. 202/212 pelo não conhecimento, com base na Súmula 266/STF, do mandado de segurança, ou, se vencida a preliminar, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): Preliminarmente, entendo não se configurar a hipótese de aplicação da Súmula 266 do STF, em razão de não estar sendo atacada, aqui, a lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, auditorias estas que o impetrante entende serem de sua competência. Por isso, afasto a incidência da referida Súmula.

No que diz respeito ao mérito, o art. 20, § 1° da Constituição Federal prevê a participação ou compensação financeira dos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural.

O Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, entende ser de sua competência, e não do Tribunal de Contas da União, o poder-dever de exercer a fiscalização sobre tais recursos.

O deslinde da questão depende, inicialmente, de saber a quem pertencem, originalmente, esses recursos, se aos Estados ou à União.

A leitura do art. 20, V e IX da Constituição Federal, ao dispor que os recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais são bens da União, a meu juízo, induz, à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração destes recursos.

O fato da Carta Maior assegurar no § 1° do mesmo dipositivo a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, não transforma estes recursos em receitas originárias destes entes federativos, não se confundindo também com as receitas tributárias, previstas no artigo 157 e 158 da Constituição Federal.

Nesse sentido é o magistério de Sérgio Honorato dos Santos, em sua obra "Royalties do Petróleo à Luz do Direito Positivo", ADCOAS, pág. 74/77, *verbis*:

> *"Nesse sentido, é certo, e não temos a menor dúvida, que os recursos dos royalties são recursos federais. O fato de a Constituição assegurar aos Municípios a participação na exploração ou a compensação financeira por essa exploração,*

STF 102.002

participação essa tratada na legislação ordinária como indenização, a nosso juízo, do ponto de vista jurídico, tal condição não altera a natureza dos recursos envolvidos. E por quê? Porque os recursos, originariamente, pertencem à União e diferem das receitas tributárias indicadas nos arts. 157 e 158 da Constituição Federal, as quais, por expressa disposição, pertencem, originariamente, aos Estados e Municípios e, como tal devem ser tratados. Embora constem do orçamento municipal como receita, há que se ter em mente que são repassados aos Municípios, via Secretaria do Tesouro Nacional. E mais, é uma obrigação de todos os concessionários que estão diuturnamente sob a fiscalização da Agência Nacional do Petróleo, que é uma entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Ademais, sua aplicação, obrigatoriamente, está sujeita às normas de Administração Financeira e Orçamentária: às regras específicas estabelecidas em legislação própria; e, sobretudo, em orientações emanadas do Tribunal de Contas da União, que, ex vi do art. 8º da Lei nº 7.525/86, tem competência para "fiscalizar sua aplicação, na forma das instruções por ele expedidas".

Corroborando a tese de que são recursos federais, não podemos olvidar que os recursos dos royalties do petróleo não são originados dos esforços próprios de arrecadação dos Municípios, nem a eles devidos por força da sistemática de repartição das receitas tributárias estabelecidas, v.g., nos arts. 158 e 159 da Constituição, a contrario sensu, deveriam ter sido agraciados com um simples inciso naqueles artigos."

Também Kiyoshi Harada, em seu Direito Financeiro e Tributário, pag. 82/83, ao discorrer sobre a questão, assinala:

"(...) Contudo, o fato de os recursos naturais pertencerem ao patrimônio da União retira o caráter de receita patrimonial em relação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Pode-se acrescentar que essa receita, em relação às entidades políticas não titulares dos recursos naturais, tem uma natureza contraprestacional."

S.T.F. 102-002

Por estas razões, entendo que é da competência do Tribunal de Contas da União, na forma do art. 71, VI, da Constituição Federal e do art. 1°. XI e 198, III do RITCU *"fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal e Municípios"*, incluídos entre os instrumentos congêneres a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural.

Por tais razões, **denego** a segurança.

19/02/2003 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
IMPETRANTE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : FÁTIMA MARIA AMARAL TAVARES PAES E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Decidimos, na 1ª Turma, até para reflexão de V. Exª. e dos demais Colegas, que uma coisa é indagar de quem são os bens, o minério ou o petróleo; outra é a participação no produto da exploração, ou a compensação financeira. Então, examinamos em relação aos minérios em geral, no RE 228.800, concluímos que essa participação se faz com percentual do faturamento da empresa concessionária. A União administra isso. Por exemplo, é tranqüilo que, nas participações tributárias, embora toda a administração seja da União, consideramos que a receita seja tributária; mas, no caso, não é tributo, e sim, a meu ver, receita patrimonial.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino.

A decisão foi que o ICMS tinha de ser na origem, ou seja, os estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos estados do Norte e do Nordeste.

Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica - recursos hídricos - e petróleo.

Ocorreu o seguinte: os estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e energia elétrica.

O que se fez? Participei disso diretamente, lembro-me que era, na época, o Senador Richard quem defendia os interesses do Estado do Paraná e o Senador Almir Gabriel quem defendia os interesses do Estado do Pará, além do Rio de Janeiro e Sergipe, em relação às plataformas de petróleo.

Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí por que preciso ler o § 1° do Art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição Federal.

O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados - petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica -, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS.

Vejam bem, toda a produção de petróleo realizada no Estado do Rio de Janeiro, ou toda produção de energia elétrica, no Paraná e no Pará, eram decorrentes de investimentos da União, porque o monopólio era da União. Toda a arrecadação do País contribuiu para aquela produção.

Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí, criou-se o § 1° do art. 20, dizendo:

> *"Art. 20. .....*
> *§1° É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União,"* - já se falava na possibilidade de criação das agências que poderiam ser financiadas em face da autonomia financeira - *"participação no resultado da exploração de petróleo ou*

gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica" - leia-se ITAIPU, que estava na base da discussão do Paraná - *"e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva,"* - que eram as plataformas de petróleo de Sergipe - *"ou compensação financeira por essa exploração."*

Então, Ministra Ellen, estou tentado recompor a questão histórica, com isso, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado; é uma receita originária dos Estados, face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS. Essa é a origem do problema.

É a mesma coisa que se passa, por exemplo, com os fundos de participação dos estados, municípios: do IPI e do Imposto de Renda em que se atribui aos estados uma participação, considerando aspectos de participação, levando em conta certos índices fixados pelo IBGE.

Agora, sobre esses valores repassados do fundo, não existe nenhuma participação do Tribunal de Contas, porque se entra no Tesouro como receita da União.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Era uma demanda em que a União e o Município de Presidente Figueiredo, no Amazonas, em litisconsórcio, cobravam cada um a sua cota do concessionário particular. Não há repasse algum. Ninguém discute que o minério é da União, mas a exploração é concedida a um particular. Por isso, disse que o problema da presença de uma empresa, que é instrumento do monopólio da União, obscurece um pouco quando se está falando de petróleo.

19/02/2003 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, fiquei em dúvida quando a eminente Relatora encaminhou-se para concluir que a matéria era da competência do Tribunal de Contas da União. Exatamente porque também tive esse forte sentimento de que aqui estamos a falar de um direito subjetivo da unidade federada. Trata-se de receita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição. Cabe à lei disciplinar todo esse procedimento, e vemos isso no art.8°, parágrafo único, da Lei n° 7.990, de 28/12/1989, quando se diz que

> *"Art. 8°*
> *Parágrafo único. A compensação financeira, não recolhida no prazo fixado no* ***caput*** *deste artigo, será cobrada com os seguintes acréscimos: (...)*
> *I - juros de mora...*
> *II - multa de dez por cento..."*

Não há nenhuma dúvida, inclusive para o legislador, de que não se trata de um repasse voluntário. Portanto, não se enquadra nas hipóteses previstas no art.71, inciso VI, da Constituição.

Assim sendo, entendo que deve ser acolhido o mandado de segurança, deferindo-se a ordem.

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, conforme já adiantei, entendo, na linha sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que pelo menos já deu um caminho para o voto do Ministro Gilmar Mendes, que aqui estamos numa distinção fundamental entre ser titular do patrimônio, que é uma coisa; outra é a titularidade do crédito devido em relação à exploração dos óleos, que é outro assunto.

O § 1º trata deste direito subjetivo condicional dos Estados e Municípios; enfim, a haver a participação dos royalties pela exploração em seu território. Não se discute recurso da União. Tanto é que não há nenhum royalty se não houver exploração. Então não há sobre o patrimônio. Há, sim, sobre os recursos e créditos oriundos da exploração do petróleo. Ou seja, nenhum Estado tem indenização da União por ser esta proprietária do subsolo em área territorial do Estado.

Sr. Presidente, acompanho a divergência do Ministro Sepúlveda Pertence.

V O T O

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, peço licença a S.Exa., neste caso, para divergir, porque aqui não ocorre a hipótese do inciso VI do art. 71 da Constituição, que confere ao Tribunal de Contas competência para:

> *"Art. 71 .....*
>
> *VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;"*

Presente a norma inscrita no § 1º do art. 20, o Estado arrecada o que é seu. Desse modo, a competência, no caso, não é do Tribunal de Contas da União.

Peço vênia à eminente Ministra Ellen Gracie para acompanhar a divergência, deferindo o mandado de segurança.

* * * * * * * * * * *

19/02/2003 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, peço licença ao Ministro Carlos Velloso para endossar-lhe a elegância do seu pedido de vênias solicitadas à Relatora e indeferir a segurança.

Examinei, sob outros aspectos, a natureza jurídica desta participação dos entes federados no produto ou compensação financeira pela exploração de minerais, no RE 228.800, quando, além de negar a tese da empresa concessionária da exploração de minérios, de que se cuidasse de um tributo, sustentei tratar-se de receita patrimonial da União, dos Estados e dos Municípios (cópia junta).

Como já enfatizado na discussão, essa alusão, pouco técnica, no art. 20, § 1°, da Constituição, à distribuição de recursos financeiros a participação de órgãos da administração direta da União, deixa claro, "a mais não poder", ser inteiramente estranha a natureza de tais quotas-partes à propriedade da União sobre os recursos minerais, que é indiscutível. Só por isso a União participa do produto da exploração, obviamente quando a concede a terceiro, da extração de recursos que são seus.

CR/

25/09/2001 **PRIMEIRA TURMA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE : MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADVOGADOS : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTROS
RECORRIDA : UNIÃO
ADVOGADO : PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
RECORRIDO : ESTADO DO AMAZONAS
ADVOGADO : PGE-AM - ELSON ANDRADE
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADVOGADA : DANIELLE VASCONCELOS CORRÊA LIMA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RE, a e c, contra acórdão do TRF, 1ª Região, que julgou improcedente ação ordinária movida pela empresa recorrente contra a União, o Estado do Amazonas e o Município de Presidente Figueiredo, objetivando o não pagamento e a restituição da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM, a que alude o art. 20, § 1°, da Constituição, e de que tratam as Leis 7.990/89 e 8.001/90.

Funda-se a ação em que a obrigação instituída por essas leis não se amolda à figura da *"compensação financeira"*, possuindo natureza de *imposto* - e imposto criado com afronta aos arts. 154, I, e 155, § 3°, da Constituição.

Em resumo, sustenta a autora que a lei ordinária - ao eleger o faturamento como *base de cálculo* da obrigação e o local onde se dá o beneficiamento do minério como *"elemento espacial da hipótese de incidência"* - desvinculou a compensação financeira do *desfalque patrimonial* que constitui a sua razão de ser. Tratando-se de *compensação*, argumenta, a obrigação da concessionária deveria

corresponder à diminuição patrimonial experimentada pelo beneficiário da CFEM, não a um percentual do faturamento, grandeza que - sendo *"aleatória e dependente (inclusive) da eficiência e do aparato de cada concessionária"* -, não espelha aquela diminuição. Por outro lado, o local do beneficiamento não coincide necessariamente com aquele de onde o minério foi *extraído*, de maneira que a compensação poderá vir a ser paga a Municípios ou mesmo Estados que não sofreram perda patrimonial alguma, com o que se frustrariam as razões que inspiraram a criação do instituto.

Com essas características, e por fazer variar a alíquota em função da natureza do mineral extraído, a CFEM das Leis 7.990/89 e 8.001/90, além de ofender o art. 20, § 1°, CF, contraria o princípio da igualdade, na medida em que o critério eleito *"permite que concessionárias que possuem maior faturamento paguem mais por menores que sejam os prejuízos causados à propriedade de terceiros; e concessionárias com menor faturamento possam pagar menos por maiores prejuízos"*.

Por fim, embora possua os elementos definidores de uma obrigação tributária - *"prestação pecuniária compulsória em virtude de lei que não seja sanção de ato ilícito, cobrada administrativamente"* (CTN, art. 3°) -, a contribuição tampouco se viabiliza legitimamente como tal, à vista do disposto nos arts. 155, § 3°, e 154, I, da Constituição.

O acórdão recorrido - da lavra do il Juiz Omar Tognolo - negou provimento à apelação da mineradora, com a seguinte motivação (f. 14/16):

"A compensação impugnada tem matriz constitucional.

Com efeito, depois de estabelecer que as jazidas e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União Federal, dependendo sua exploração de autorização ou concessão (art. 176 e seu § 1°), a Constituição dispôs no § 1° de seu art. 20:

'É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.'

Criou, pois, a Constituição duas formas de indenizar os entes políticos pela exploração de recursos minerais: ou participação nos resultados da atividade ou compensação financeira, deixando à lei, ordinária, e não complementar, a disciplina da matéria.

De sua parte, o legislador desprezou a participação no resultado da atividade, optando pela compensação financeira, conforme artigos 1° e 6° da Lei 7.990/89, verbis:

> 'Art. 1°. O aproveitamente de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida nesta Lei.'
>
> 'Art. 6°. A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento liquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.'

Como destacada no texto constitucional, trata-se de compensação financeira, vale dizer, indenização, reparação, nada tendo a ver, ao contrário do que sustentado pela Autora, com o instituto da compensação de

créditos, forma de extinção das obrigações, de que tratam os artigos 1.009 e seguintes do Código Civil.

A compensação financeira, mais uma vez ao contrário do que entende a Autora, não tem natureza tributária, constituindo, sim, receita patrimonial do Estado, cuja origem se encontra na exploração do patrimônio público, já que os recursos minerais pertencem à União, por expressa disposição constitucional.

Não sendo tributo, impertinentes as alegações de ofensa, na sua criação, a princípios constitucionais tributários, tais como a vedação à incidência de tributos sobre as operações sobre minerais, salvo as exceções constitucionalmente previstas, exigência de lei complementar e proibição quanto à criação de impostos cumulativos.

Tais princípios, repita-se, são próprios dos tributos, e não de toda e qualquer receita obtida pelo Poder Público, como a compensação de que cuidam os autos, que se situa na órbita das receitas patrimoniais e não tributárias.

Definida a natureza não tributária da compensação, irrelevantes igualmente se apresentam as críticas ao sistema adotado pela lei para sua fixação e sua cobrança e destinação, tais como a incidência sobre o faturamento, não vinculação ao efetivo dano patrimonial experimentado pelo município beneficiário e percentuais distintos em razão da classe da substância mineral, estes estabelecidos pela Lei 8.001/90.

As críticas podem até ter fundamento, mas não transferem a opção feita pelo legislador para o campo da ilegalidade ou inconstitucionalidade, até porque o Constituinte deixou ao exclusivo critério da lei a criação, o cálculo, o pagamento e a forma de distribuição da compensação por ele assegurada.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação (...)"

Pelo Ministério Público Federal, o il. Subprocurador-Geral João Batista de Almeida, após advertir que a tese da violação ao princípio da igualdade não foi objeto do necessário prequestionamento e que o exame das alegações fundadas nos arts. 154, I, e 155, § 3°, CF, exigiria a análise prévia dos arts. 3° e 4°

do CTN - o que caracteriza as violações mencionadas como indiretas, ou reflexas -, assim se pronuncia sobre o mérito da controvérsia:

> *"No mérito, observa-se que o instituto da compensação financeira remonta a período anterior à Constituição Federal de 1988, eis que a legislação ordinária já previa formas de compensação, devida pela PETROBRÁS e suas subsidiárias aos entes estatais pela lavra de petróleo e xisto betuminoso e pela extração de gás, como se pode observar pela leitura da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986.*
>
> *A atual Carta Magna, em seu art. 20, § 1º, abraçou dita 'compensação financeira', erigida agora em nível constitucional, devida em razão da exploração de 'petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais', sendo paga pelos respectivos exploradores aos Estados, Distrito Federal e Municípios atingidos, e também a 'órgãos da administração direta da União'.*
>
> *Regulamentando tal dispositivo (posto que a compensação financeira, assim como a alternativa participação nos resultados, é assegurada 'nos termos da lei'), foram editadas as Leis nºs 7.990/89 e 8.001/90, acoimadas de inconstitucionais pela recorrente, pois teriam criado **tributo**, já que a compensação financeira pela exploração de recursos minerais - CFEM, adaptar-se-ia ao conceito de tributo trazido pelos arts. 3º e 4º do Código Tributário Nacional. Sendo assim, se sujeitaria às disposições típicas da seara tributária, configurando-se ilegítima sua cobrança, face à imunidade às operações com minerais prevista no art. 155, § 3º, da CF/88 e à necessidade de lei complementar para a criação de impostos cumulativos, como disposto no art. 154, I.*
>
> *Todavia, in casu, não se está diante de um tributo, como quer ver a recorrente, não incidindo, destarte, as limitações previstas nos comandos retro-citados, senão vejamos.*
>
> *Essa Suprema Corte, em questões nas quais o Estado, ou algum de seus agentes, provocara limitações no uso da propriedade do particular, tem assentado o seguinte, in verbis:*

> "A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5°, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, (...), ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de **compensação financeira**, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, (...)" (RE N° 134.297/SP, Relator Exmo. Sr. Min. Celso de Mello, in DJ de 22.09.95, aqui negritado).

Da mesma forma, a compensação financeira instituída pela atual Constituição Federal, na verdade, como alternativa à participação nos resultados, se faz em virtude de uma atividade especialmente **danosa** à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que estes entes fazem jus a uma **recomposição**, expressa em valor monetário, dos prejuízos porventura suportados. Essa é, portanto, a natureza da compensação, como querido pelo constituinte. Neste ponto não há como tergiversar.

Assim comenta o dispositivo constitucional em foco Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> "**Participação ou compensação.** O direito constitucional anterior não se preocupava com a questão.
>
> A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um 'prejuízo' decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios.
>
> Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a uma participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo." (in Comentários à Constituição brasileira de 1988 - São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154).

Por sua vez, Ives Gandra Martins assevera o seguinte:

> *"O artigo tem nítido objetivo desconcentrador. Pretende fortalecer a Federação na medida em que a exploração de um bem que o constituinte outorgou à União, embora situado em Estados e Municípios, inclusive no Distrito Federal, representa perda de patrimônio destes a favor da entidade maior do Estado Federativo. Por essa razão, de forma mais explícita, o constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração." (Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 - São Paulo: Saraiva, 1992, p. 96).*

A redação da citada Lei nº 2.004/53, alterada pela Lei nº 7.453/85 caminhava neste sentido, ao se utilizar do termo 'indenização':

> *"Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar* ***indenização*** *correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.*
>
> *§ 1º Os valores de que trata este artigo serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo.*
>
> *§ 2º O pagamento da* ***indenização*** *devida será efetuado trimestralmente.*
>
> *§ 3º Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste artigo, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.*
>
> *§ 4º É também devida a* ***indenização*** *aos Estados , Territórios e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco*

STF 102/002

> *por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e 1% (um por cento) para consituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.*
>
> *§ 5º (Vetado)*
>
> *§ 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à **indenização** prevista no caput deste artigo."*

Alterando a redação deste artigo, a Lei nº 7.990/89 substituiu justamente 'indenização' por 'compensação financeira'.

*Por outro lado, a exação em foco não decorre do exercício da **soberania** do Estado para a arrecadação de receitas como custeio das despesas públicas, mas sim, repita-se, de uma recomposição que, embora exigida por lei, decorre da exploração de bens públicos, exploração essa que se inclui no campo das receitas **originárias**, ou **patrimoniais**, em contrapartida às receitas **derivadas**, ou tributárias, estas sim obtidas pela arrecadação dos tributos em razão do jus imperii, ou, nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, as quais provêm 'do constrangimento sobre o patrimônio do particular' (in Manual de Direito Financeiro - São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 30). Sobre o tema, assim se manifesta Celso Ribeiro Bastos:*

> *"Receitas patrimoniais são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado (ou mesmo pela sua disposição), feitas segundo regras de direito privado, conseqüentemente sem caráter tributário. Com efeito, os Poderes Públicos desfrutam de um patrimônio formado por terras, casas, empresas, direitos, que são passíveis de serem administrados à moda do que faria um particular, isto é, dando em locação,*

STF 10/2002

vendendo a produção de bens ou mesmo cedendo o imóvel ou direito." (in Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 4ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1995, p. 38).

No mesmo sentido anota Ricardo Lobo Torres:

> *"Os ingressos patrimoniais são obtidos através da exploração dos bens dominiais do Estado, como sejam as florestas, as ilhas, as estradas, os imóveis residenciais ou comerciais, etc. As suas principais formas são o preço público e as compensações financeiras." (in Curso de Direito Financeiro e Tributário - Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 160).*

E a CFEM justamente incide sobre a exploração do patrimônio do Estado, refletido nos minerais, como compensação, como seria devido a qualquer particular cujos bens estivessem em idêntica situação.

Não cabe aqui discutir quais razões levaram o constituinte a prever a compensação financeira para os Estados, Distrito Federal e Municípios, além da União, por via de órgão da sua administração direta, mas há justificativa, pois embora o art. 20, IX, da CF/88 disponha que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertencem à União, mandamento repetido no caput do art. 176 do mesmo diploma, gravames outros também podem sofrer os demais entes, como anota o mesmo Ricardo Lobo Torres, ao comentar especificamente a compensação financeira como trazida pela Constituição:

> *(...)*
>
> *Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc., matéria ainda não regulamentada.*
>
> *Ou podem receber* ***compensações financeiras****, que têm a natureza de indenização pela perda de recursos naturais situados em seus territórios ou de contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos,*

> *que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e a assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo do Brasil, e com os seus municípios da região de Campos, obrigados a investir recursos substanciais em políticas públicas de apoio à exploração de plataforma marítima (...) (ob. cit. P. 162/163).*

Também não convence a alegação de que a CFEM seria tributo por se ajustar ao conceito definido pelo art. 3° do CTN. É que esta definição não tem o condão de abarcar toda e qualquer obrigação que se lhe ajuste. Como já decidiu essa Suprema Corte, em voto do Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, ao definir, após intensos debates, a natureza não tributária do PIS, "o fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é bastante para conferir natureza tributária a tal fenômeno" (RE n° 148.754/RJ, in RTJ 150/888).

Assim definida a natureza da compensação financeira, não se vê inconstitucionalidade das Leis n°s 7.990/89 e 0.001/90 em relação ao arts. 20, § 1°, da CF/88, ao se adotar o critério "de até 3% (três por cento) sobre o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral", posto que a CFEM, assim posta, está vinculada à exploração dos minerais, como reza o texto constitucional. A Carta Magna não definiu os elementos da compensação financeira, deixando tal disciplinamento a cargo da legislação ordinária, e o legislador, no exercício de sua competência, optou pela incidência da referida alíquota sobre o faturamento obtido com a venda do mineral extraído. Desta forma, não se cuidando, na hipótese, de imposto ou qualquer outra cobrança assemelhada a tributo, inaplicáveis são os arts. 154, I, e 155, § 3°, da CF/88.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da *participação nos resultados* ou da *compensação financeira* cogitadas.

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza *patrimonial* da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos - espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal -, tanto a participação nos resultados como a CFEM têm a sua *causa* - direta ou indireta, como se verá - na exploração de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, e minerais - bens integrantes do patrimônio da União (CF, art. 20, VIII e IX).

Com razão, desse modo, a decisão recorrida e o parecer do Ministério Público, ao afirmarem o caráter não tributário das receitas previstas no art. 20, § 1°, da Constituição.

Tenho, no entanto, que a obrigação instituída pela L. 7.990/89 não corresponde ao modelo constitucional.

Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de *mecanismo destinado a recompor uma perda*, sendo,

pois, essa perda, o *pressuposto* e a *medida* da obrigação do explorador.

A que espécie de perda, porém, se refere implicitamente a Constituição?

Não, certamente, à perda dos recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados - o que inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à *"perda"* dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União.

A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais - como a remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem e que tais -, sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

Além disso, a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas

na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo.

Se assim é, não se justifica que o valor à ser pago a título de compensação financeira seja fixado em função do faturamento, que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art. 20, § 1°, da Constituição.

Daí não advém, entretanto, a inconstitucionalidade da cobrança questionada.

Na verdade - na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental - o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer no art. 6° que *"a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral"*, não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína *"participação no resultado da exploração"*, entendido o *resultado* não como o lucro do explorador, mas como *aquilo que resulta* da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1°, e a do art. 176, § 2°, da Constituição, *verbis*:

> *"§ 2° É assegurada participação ao proprietário do solo* ***nos resultados da lavra****, na forma e no valor que dispuser a lei."*

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6° da L. 7.990/89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento.

Nada importa que - tendo-a instituído como verdadeira "*participação nos resultados*" da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de "*compensação financeira*" pela mesma exploração - outro termo da alternativa posta pelo art. 20, § 1°, da Constituição: cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4°, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação.

Impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, § 1°, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério; mas, além de não parecer unívoca essa interpretação da lei, é tema sem interesse para o deslinde desta causa.

Manifesto, por fim, o descabimento do RE pela letra **c**: não há lei local em causa.

Não conheço do recurso e rejeito a argüição de inconstitucionalidade do art. 6° da L. 7990/89, assim como da L. 8001/90, que lhe define os percentuais: é o meu voto.

EBS/

S.T.F. 102.002

V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, não há dúvida alguma de que a eminente Relatora tem razão com referência ao problema da propriedade do minério; mas, também, não há dúvida de que o texto diz respeito à participação no resultado da exploração. Conseqüentemente, há uma receita do Estado, no caso, daí decorrente.

Por isso, com a devida vênia, acompanho o eminente Ministro Gilmar Mendes.

19/02/2003 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO
Retificação de Voto

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : Sr. Presidente, foram tantas e tão bem postas as razões e as lições recebidas dos Colegas que retrocedo da minha posição para acompanhar a maioria maciça formada no Tribunal e, também, concedo o mandado.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - A esta altura só me resta acompanhar a relatora, no que se mostrou convencida, considerados os votos dos demais ministros.

Acompanho Sua Excelência porque estabeleço uma distinção entre o repasse de que cogita o inciso VI do artigo 71 da Constituição Federal, a pressupor sempre recurso federal, e o assegurado aos Estados como direito próprio, em termos de participação. Portanto, o numerário pertence ao Estado, que participa, tem um aporte de recursos, considerado o § 1º do artigo 20 da Constituição Federal. A óptica, sem dúvida alguma, homenageia a autonomia governamental, tão pertinente quando se vive em uma federação.

Acompanho Sua Excelência para, também, conceder a ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 24.312-1
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
IMPTE.: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVDOS.: FÁTIMA MARIA AMARAL TAVARES PAES E OUTRO
IMPDO.: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu a segurança e declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso XI, e do artigo 198, inciso III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União; e do artigo 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo impetrante a Dra. Fátima Maria Amaral Tavares Paes, Procuradora-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 19.02.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu
Coordenador